

刑法適用法的雙重性質

許澤天

(成功大學法律系教授)

壹、鑑定問題

中華民國人民在中華民國領域外(含香港與澳門)犯刑法第5條至第7條以外之罪，而無我國刑法之適用時，法院究應以行為不罰為無罪判決，抑或無審判權而為不受理判決？

貳、國內學說與實務意見

可參考 110 年度台上徵字第 5557 號所附參考文獻資料。

參、分析

一、德國法觀點

按內國刑法可否適用於領域外之犯罪行為，乃是規定在德國刑法第3條至第7條，而在性質上屬於所謂的「刑法適用法」。不過，文獻也清楚指出其不只是處理刑法可否適用的問題，而是包含德國主張的刑罰權力範圍以及德國刑事法院審理範圍的問題¹。

(一)程序法性質

於案例實際運用上，德國通說認為在不該當德國刑法第3條至第7條的前提下，法院既無從依照德國刑法進行審判，即出現訴訟障礙，不具備訴訟條件，自然必須停止追訴程序的進行，而非作出無罪判決²。

與我國刑事訴訟法第252條、第302條至第304條對於哪些訴訟條件欠缺，檢察官應給予不起訴，法院應給予免訴、不受理或管轄錯誤等判決終結訴訟的方式不同，德國立法者只是對出現終局的訴訟障礙狀況時，要求檢察官在偵查中依照德國刑事訴訟法第170條第2項停止程序；要求法院於起訴後進入審理程序前依照德國刑事訴訟法第204條以裁定不開庭審判；要求法院開庭審判後進入審判期日前依照德國刑事訴訟法第206a條以裁定停止程序；要求法院進入審判期日後依照德國刑事訴訟法第260條第3項以判決停止程序³。其中，德國法未如我

¹ Werle/Jeßberger, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 13. Aufl., Bd. 1, 2020, Vor §§ 3 ff. Rn. 3.

² BGH NJW 1975, 506, 509; BGHSt 34, 1, 3. f.; Werle/Jeßberger, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Vor §§ 3 ff. Rn. 10; Satzger, in: Strafgesetzbuch Kommentar, hrsg. v. Satzger/Schluckebier/Widmaier, 5. Aufl., 2021, Vor §§3-7 Rn. 20.

³ Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl., 2016, Rn. 290-292.

國法般地具體指出哪些訴訟條件係法院在審理時必須注意與調查，而留給實務與學說發展相關內容⁴，因此檢察官或法院對於不在刑法適用範圍內的案件，是否要以欠缺審判權為由停止程序，就非重要問題⁵。

(二)實體法性質

在該當德國刑法第3條至第7條的前提下，法院即可依照德國刑法的各罪相關規定判斷被告的行為是否具有可罰性。此際，可能會面臨的一個實際問題是，當被告在行為時不知悉符合德國刑法第3條至第7條的情狀，如在領域外犯罪之行為人不知悉自己具有符合主體資格的事實（參考我國刑法第7條本文），或不知悉被害人係德國人（參考我國刑法第8條），或誤認該行為在犯罪地不罰（參考我國刑法第7條但書），則被告在行為當時是否具有故意，頗具爭議。亦即，德國理論與實務雖一致認為德國刑法第3條至第7條的要件不僅是訴訟條件，亦屬實體法的犯罪要件（雙重性質）⁶，而需與各罪成立要件結合作為實體法的適用標準，德國刑法第3條至第7條規定的內容在定位上是否屬於客觀不法構成要件，抑或客觀處罰條件，則有爭議。依照前者觀點，被告在行為時不知悉符合德國刑法第3條至第7條的情狀，其於行為時欠缺故意；依照後者觀點，行為人對此情狀不需要故意或過失，至多只能從欠缺不法意識的觀點，探討是否排除罪責。目前德國通說採取後者觀點，主要理由就是刑法適用法的相關規定，乃是立法者依照客觀情勢制定，與行為人主觀想像內容全然無涉，故僅是在可罰性評價上與不法、罪責直接相關的客觀處罰條件，卻非不法或罪責的內容⁷。

暫撇上述刑法釋義學有關故意的爭議，將德國刑法第3條至第7條定位在實體法的最主要意義，在於有基本法第103條第2項與刑法第1條揭示的罪刑法定原則的適用。這點，可說已經獲得德國學界與實務的共識⁸。

二、刑法適用法屬於程序法一部分

(一)訴訟障礙

立法者規定在刑法的條文，絕不等於僅具有決定行為可罰性的實體法意義。如告訴乃論與否、追訴時效是否完成，均具有程序法的意義，此在學理與實務上並無疑義。由於刑事訴訟程序旨在確認國家刑罰權是否存在及其範圍如何，不在刑法適用範圍內的犯罪，法院無法依照刑法進行審判與處罰，而出現所謂的訴訟

⁴ 專書如 Meyer-Goßner, Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse, Befassungs- und Bestrafungsverbote, 2011.

⁵ 主張也可用欠缺審判權為理由者，BGHSt 34, 1, 3; Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 274. 反對說，但也認為構成訴訟障礙者，Baumann/Weber/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2016, §5 Rn. 25.

⁶ Ambos, in: Münchener Kommentar zum StGB, Vor § 3, 4. Aufl., 2020, Rn. 4.

⁷ Ambos, in: Münchener Kommentar zum StGB, Vor § 3, Rn. 3; Satzger, in: Strafgesetzbuch Kommentar, Vor §§3-7 Rn. 3.

⁸ BVerfG wistra 2003, 255, 257; BGHSt 20, 22, 25; 27, 30 ff.; 45, 64, 71; Werle/Jeßberger, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Vor §§ 3 ff. Rn. 287; Satzger, in: Strafgesetzbuch Kommentar, Vor §§3-7 Rn. 2.

障礙，自應以形式判決終結訴訟。就此來說，本次最高法院刑事提案裁定認為法院審理應先審查程序事項，則在確認個案非屬本國刑法適用範圍後，自可認為構成訴訟障礙的見解，係屬正確。

(二)不受理判決依據

訴訟障礙應構成審判程序之停止，而不應接續進行實體事項的審理，固無疑義。此在面臨該障礙無法排除的訴訟條件欠缺情形，法院應以形式裁判終結訴訟，亦屬正確。問題只在於具體的法條依據為何，且訴訟條件欠缺是否必須限於明文，始能作出不受理判決，值得討論。本次最高法院刑事提案裁定認為法院應依照刑事訴訟法第 303 條第 6 款對於被告無審判權規定為不受理，固在文獻上已有不少支持看法⁹，但對於「審判權」之概念是否正確無疑，容有敘明必要。此在吳秋宏法官針對本次最高法院刑事提案裁定徵詢書提出的研究意見，即認為刑法之適用問題與審判權有所區別。

審判權源自國家高權的分立而來，旨在判斷法在個案的具體適用，其範圍原則上等同於國家高權，而屬行政、立法外的第三權。原則上，國家對於領土具有高權，所有在領土上的人，不分國籍，都在法院審判權底下；但藉由國際法享有治外法權之人，國家已無法對其行使高權，自在審判權之外，故只要其仍在治外法權保障期間內，亦構成對國家刑事追訴之障礙¹⁰，如檢察官誤為起訴，法院必須根據刑事訴訟法第 303 條第 6 款為不受理判決。與之不同者，法院無法依照刑法進行審判，嚴格來說，尚非法院對於被告欠缺審判權限，而是無從依照刑法進行實體的審判與處罰；如要終結訴訟，亦須本於審判權以不受理判決為之，只是受限於傳統對於欠缺訴訟條件須有明文規定之思考，只能援用刑事訴訟法第 303 條第 6 款為不受理判決¹¹。此在過去對於軍人觸犯軍刑法犯罪之問題，法院本具刑事審判權，因無法援用軍刑法進行審判，從而也援用刑事訴訟法第 303 條第 6 款為不受理判決¹²，其道理應屬相同。由此可看出，審判權與法院能否適用刑法之概念，雖非相同，但皆係刑事訴訟進行的前提，而將法院無法適用刑法審理案件，理解為欠缺審判權，並無不可。

之外，訴訟條件與訴訟障礙的概念，是否應限於現行刑事訴訟法第 302 條至第 304 條之情形，而得由學理和實務開展，亦是值得思考¹³。因與此次問題無涉，就此擱筆。

三、刑法適用法屬於實體法一部分

我國刑法體例從德國立法模式，將刑法適用規則的相關規定制定在刑法第 3 條至第 8 條，緊跟在罪刑法定原則之後，而成為適用於各罪的總則性規定。故在

⁹ 柯耀程，刑事審判權，月旦法學教室，5 期，頁 36；王效文，刑法適用法之規範性質與原則，成大法學，10 期，頁 111；許澤天，刑法總則，2021 年 2 版，頁 27。

¹⁰ Baumann/Weber/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, §5 Rn. 4.

¹¹ 黃榮堅，基礎刑法學(上)，2012 年 4 版，頁 49(註 99)應已注意到這個解釋問題，只是未對此問題表達解決辦法。

¹² 陳樸生，刑事訴訟法實務，1999 年再訂 2 版，頁 452。

¹³ 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2020 年 10 版，頁 256 在訴訟障礙事由中提到訴訟遲延、嚴重媒體預斷、犯罪挑唆等情況。

體例上應可認為刑法適用規則與責任能力、正當防衛等規定的意義相同，共同決定行為可罰性的成立。即在邏輯上，分則各罪的法條結合總則相關規定後，呈現出如刑法第 271 條第 1 項殺人罪的成立，需在構成要件上判斷是否有殺人者、違法性判斷上是否存在阻卻違法的正當防衛情狀、罪責判斷上是否出現阻卻罪責的無責任能力情狀，以及刑法第 3 條至第 8 條的要求，始符合行為之處罰的行為時「法律」有明文規定的罪刑法定要求（刑法第 1 條）。另從刑法係對人民自由等基本權干預的觀點言之，不在刑法適用範圍的意義，也意味著人民不必擔心其自由會因刑法的禁止與制裁而受到限制；國家如欲更改刑法適用規則，須符合明確性要求、不能溯及既往，並禁止法院類推適用，自屬當然之理。就此來說，最高法院 81 年度台上字第 1413 號判決將刑法適用法相關規定納入罪刑法定原則範圍，乃是相當正確的觀點。

文獻上有從刑法適用法係從節省追訴資源觀點，以及採取訴訟條件觀點亦無對行為人不利，批評該實務見解不符合罪刑法定原則的本旨¹⁴。然而這個說法，除了對刑法適用法主要並非著眼於追訴資源有所誤會，且訴訟條件觀點或許僅對個案行為人並無不利，卻對罪刑法定原則與刑法適用法結合的保障功能欠缺足夠考量。

至於刑法適用法在行為可罰性審查的意義，究係客觀構成要件要素，抑或客觀處罰條件，則與此次鑑定問題無關，不擬表達意見。但無論如何，刑法適用與否，與構成要件適用與否、阻卻違法適用與否、阻卻罪責適用與否，並無不同，皆在判斷行為人的行為是否係「可罰」或「不罰」，如硬要從法條文字的「不罰」與「不適用」作出區分，難見其理。

肆、結論

刑法第 5 條至第 7 條的刑法適用法具有訴訟法與實體法的雙重性質，致在一般情形下，法院得以依照屬地原則等規定對被告進行審理時，即同時具備訴訟條件與部分實體犯罪要件之該當；倘若被告於行為當時對於符合屬地原則等規定的情狀欠缺認識，則與刑法適用法係屬客觀構成要件要素或客觀處罰條件的爭議有關。故在概念上同時認為刑法適用法屬於客觀處罰條件，卻主張在不該當刑法適用法時判決不受理，並無論理上的矛盾可言。此亦為德國通說之主張。

據此，中華民國人民在中華民國領域外（含香港與澳門）犯刑法第 5 條至第 7 條以外之罪，而無我國刑法之適用時，本於先程序後實體的考量，法院無從對被告是否具有檢察官控訴的犯罪事實進行實體審理與調查，自應為不受理判決，而非以行為不罰為無罪判決。至於不受理判決是否以欠缺審判權為由，容有解釋疑義，但仍可援用之。

¹⁴ 許玉秀，罪刑法定原則的構成要件保障功能(上)，月旦法學雜誌，123 期，頁 27。